

29- Diritto costituzionale italiano e comparato 2020-2021

Roberto Scarciglia

Università di Trieste

Dipartimento di Scienze politiche e sociali

29-Schema 2 per lezioni 26-27 11 2020

Segue: verso la Costituzione

L'unico dogma accettato fu quello secondo cui il governo federale dovesse costituire un organo dotato di poteri limitati, dovendo tutti gli altri poteri essere di competenza degli Stati, e che in merito alla competenza giudiziaria non si poteva riconoscere il common law degli Stati Uniti, ma soltanto un common law dichiarato dai tribunali federali

Qual era il rapporto con l'Inghilterra?

La Rivoluzione aveva provocato nella maggior parte degli americani un'avversione per l'Inghilterra e le sue consuetudini

Segue

Costituzione NON SCRITTA vs Costituzione SCRITTA

Vi furono leggi che proibirono l'uso di qualsiasi materiale giuridico inglese nei tribunali e **nel New Jersey fu promulgata una legge nel 1799** (abrogata nel 1819) che vietava di citare decisioni inglesi anteriori al 1776 ma anche commenti, dottrina, trattati, o altra esposizione o spiegazione della Common Law (GILMORE)

Anche nel New Jersey, nonostante non vi fossero leggi in tal senso i giudici e gli avvocati evitavano di utilizzare qualunque richiamo che potesse suonare **come indebita deferenza alla common law inglese**.

Segue

Intorno al 1820, il **diritto americano** divenne opera di professionisti, si cominciano a pubblicare i reports delle corti statali e federali, opere di diritto americano e inglese, con annotazioni relative al diritto americano.

Dal 1820, non ha più senso una recezione totale del modello inglese, giacché si era costruita una base indigena per i futuri sviluppi del diritto nord-americano.

Si affermarono figure di giuristi come i giudici della Corte Suprema **John Marshall** (1755-1835) e **Joseph Story** (1779-1845).

Segue

La circolazione delle decisioni dei giudici si avvantaggiò della istituzione di reporters ufficiali che avevano il compito di editing , con risultati che variavano da stato a stato anche a seconda della qualità delle sentenze.

Fra le opere più importanti

il Manuale di **David Hoffman**, *A Course of Legal Study, addressed to Students, and the Profession generally* (1817), utilizzato dagli student americani.

Il Manuale di **Nathan Dane**, *A general abridgment and digest of American law, with occasional notes and comments* (1823).

Segue

Uno degli obiettivi che i giuristi americani si erano posti era quello della uniformità nazionale, una sorta di codificazione limitata, che si esprimesse attraverso la pubblicazione di letteratura specificamente americana, di grande originalità e solidità accademica.

Segue

Da questo momento la produzione della dottrina nord-americana supererà quella inglese.

Per quanto riguarda i Law Reports americani, il loro sviluppo prese l'avvio con la sentenza

Caso **Wheaton and Donaldson vs Peters and Grigg** (1834)

Dal 1816 al 1827, la Corte Suprema affida al giurista Henry Wheaton, il compito di raccogliere e divulgare le proprie decisioni, che quest'ultimo pubblica annualmente presso l'editore newyorkese Donaldson.

Segue

Per prassi, la Corte non riconosce alcun compenso al reporter, il quale può però negoziare con l'editore il diritto di sfruttamento economico dell'opera riconosciuto dal copyright.

Richard Peters, il giurista che nel 1828 succede a Wheaton, aveva notato il costo elevato dell'intera serie dei precedenti pubblicati e decide di realizzare dei “**Condensed Reports**” in modo da rendere la giurisprudenza della Corte più accessibile al grande pubblico.

Segue

Il successo dei sei tomi, dati alle stampe con l'editore Grigg e venduti al prezzo di un quinto dell'edizione precedente è immediato.

Wheaton e il suo editore Donaldson citano Peters e Grigg di fronte alla Corte Federale della Pennsylvania, accusandoli di violare il proprio copyright in base al Copyright Act e al Common Law.

Segue

Peters e Grigg reagiscono articolando la propria difesa in tre punti:

- 1) Wheaton e Donaldson non possono giovare della normativa federale perché non hanno espletato tutte le formalità richieste dalla legge;
- 2) il copyright non è riconosciuto dal Common Law, bensì è una creazione del legislatore;
- 3) inoltre, per la loro funzione e natura, le decisioni giurisprudenziali non possono godere della tutela del copyright.

Segue

La sentenza apre una competizione fra editori che ancora oggi rappresenta una caratteristica dell'ordinamento statunitense.

LA COSTITUZIONALIZZAZIONE DEL COMMON LAW

L'atto di fondazione degli USA si è materializzato nella prima Costituzione scritta e rigida della storia e ha dato avvio a un'impresa ambiziosa, che punta a integrare costituzionalismo e democrazia, garanzie di libertà e istanze di autogoverno.

Segue

Per identificare i valori politico-filosofici alla base della Costituzione e specificare, a partire dagli stessi, i tratti distintivi dell'ordinamento concepito dai Padri Fondatori, bisogna leggere la Costituzione degli USA andando oltre il dato testuale e coglierne il sostrato concettuale e i suoi obiettivi.

Si tratta di un'operazione teorica impegnativa sotto due profili:

- a) sul piano dell'analisi storiografica, essa esige il confronto con una costituzione scritta a più mani e frutto di una mediazione tra visioni diverse della politica e del diritto;

Segue

b) sul piano dell'analisi concettuale e normativa, richiede l'inquadramento di una grammatica costituzionale che combina democrazia e costituzionalismo, tenendo insieme ideali potenzialmente confliggenti, cioè l'ideale democratico della sovranità popolare e l'ideale costituzionalistico del governo delle leggi.

Rule of the people e **rule of law** sono i due poli concettuali di una costituzione che assorbe in sé le ragioni dell'uno e dell'altro, per fondare su di esse la propria supremazia e porle alla base dell'ordinamento.

Segue

Questo “doppio” registro costituzionale, e il suo background filosofico, sono contraddistinti da un eccezionalismo che non può essere colto solo con strumenti o categorie concettuali mutuati da altri contesti: «gli americani hanno preso in prestito molto dai pensatori antichi, ma hanno costruito un **modello costituzionalistico assolutamente peculiare**

Tale modello, infatti, si ispira a diversi paradigmi filosofici e ce ne offre una sintesi originale.

Segue

Alle origini del “doppio” registro della Costituzione americana, vi è l’aspirazione dei *Founding Fathers* a realizzare, congiuntamente, due obiettivi:

la **protezione dei diritti, delle libertà e delle proprietà dei singoli** e

il rafforzamento della **cornice politico-democratica** entro cui si svolgeva la vita dell’Unione, data l’insoddisfazione rispetto al sistema di governo creato con gli Articoli della Con-federazione dopo la conquista dell’Indipendenza.

Con la Costituzione federale, i Fondatori hanno inteso soddisfare, per un verso, l’esigenza di garantire ai singoli cittadini un ampio grado di protezione e autonomia rispetto al nuovo governo e, per altro verso, il bisogno concreto di un **governo democratico centrale** più forte.

Segue

Non vi erano, tuttavia, i **formali vincoli esterni o freni istituzionali** alla volontà politica e normativa del King in Parliament che poteva emanare o modificare qualunque tipo di legge, non soltanto le leggi ordinarie, ma anche quelle “fondamentali” riguardanti i diritti dei sudditi.

Segue

Come possiamo ricordare, le decisioni giudiziali integravano o modificavano il sistema di norme riguardanti i diritti, per arricchirlo o correggerlo in chiave di garanzia.

Su questo terreno, pesavano soprattutto due “debolezze” del sistema giuridico e politico del Commonwealth

- A) **un deficit democratico**, che creava un’incolmabile distanza tra la volontà politica dei coloni americani e quella espressa dal Parlamento e dalla corona inglesi.

Segue

B) le insufficienti garanzie per i diritti fondamentali:
erano affidate a un corpus di leggi, decisioni giudiziali e costumi che non connotava in termini formali e “certi” l’inviolabilità dei diritti, ma l’assumeva come intrinseca a un “ordine” giuridico connaturato al common law

L’ordinamento britannico si caratterizzava per un sistema di poteri autoreferenziale, privo di freni o regole esterni ad esso: su questo terreno, si è prodotta la profonda frattura, storica e teorica, tra il costituzionalismo anglosassone e quello americano,

Segue

in un ambiente culturale ricco di spinte all'assimilazione e al superamento della cultura politica e giuridica del Commonwealth.

Il costituzionalismo americano ha mutuato da quello britannico la visione della sovranità come potere istituzionale e non “personale” e del potere giudiziario come potere indipendente di garanzia.

Segue

I Founding Fathers hanno preso le distanze dal vero punto debole del sistema di common law inglese, ossia **la flessibilità delle leggi fondamentali e dei diritti**,

per fondare un sistema giuridico che stabilisce un ordine gerarchico tra le norme e, al suo vertice, colloca una costituzione, non modificabile con gli strumenti della legislazione ordinaria, che afferma il primato dei diritti individuali e allo stesso tempo, definisce la struttura e le modalità d'azione del sistema di governo.

Segue

in un ambiente culturale ricco di spinte all'assimilazione e al superamento della cultura politica e giuridica del Commonwealth.

Il costituzionalismo americano ha mutuato da quello britannico la visione della sovranità come potere istituzionale e non “personale” e del potere giudiziario come potere indipendente di garanzia.

Segue

Il costituzionalismo “di rottura” dei Founding Fathers ha uno sfondo ideologico complesso, che combina il pensiero di Locke e Montesquieu con quello di Sidney ed Harrington, il liberalismo e il repubblicanesimo civico con l'utilitarismo e lo storicismo.

La ricostruzione del processo di assimilazione e rielaborazione di modelli teorici così diversi è estremamente controversa ed è al centro di un dibattito molto ampio, caratterizzato, negli ultimi decenni, dalla contrapposizione tra tesi di stampo liberale, storicamente prevalenti, e tesi di stampo repubblicano

Segue

Il modello costituzionalistico proposto da Edmund Burke rifugge dall'astrazione concettuale per privilegiare la dimensione concreta del diritto, della politica e della vita istituzionale, in cui riconosce il motore della storia costituzionale degli USA

nonché l'ambito entro il quale devono prender forma, e trovare giustificazione, le trasformazioni dell'ordinamento.

Segue

In quest'ottica, l'ordinamento USA è il prodotto di una prassi che si è definita grazie alla progressiva stratificazione e al costante arricchimento di un patrimonio di tradizioni e “pratiche” che sono la linfa vitale del common law americano.

.

La tradizione, così, diventa la leva teorica di un progetto costituzionalistico che punta a uno sviluppo lineare, per escludere o limitare le soluzioni di continuità rispetto al passato.

Segue

L'idea di un'evoluzione dell'ordinamento nel solco della continuità con la tradizione, declinata in chiave più o meno conservatrice, infatti, è “diffusa” nella teoria costituzionale e, in modo più o meno incisivo, è presente nelle tesi che la dominano, d'ispirazione liberale come repubblicana.

Liberalismo e repubblicanesimo avanzano tesi costituzionalistiche, che rinviano a due diverse tendenze interne alla realtà costituzionale e tra loro concorrenti: se nella prospettiva liberale l'ordinamento USA tende alla tutela dell'autonomia individuale, in quella repubblicana, invece, esso promuove innanzitutto la virtù civica e, con essa, le libertà strumentali alla sua espressione.

Segue:

In quest'ottica, i liberali promuovono un paradigma costituzionalistico costruito intorno al primato dei diritti individuali e i repubblicani un paradigma fondato sull'ideale del self-government inteso come cittadinanza "attiva".

Il dibattito costituente e gli scritti dei Founding Fathers rivelano che sia il pensiero liberale sia quello repubblicano hanno esercitato una notevole influenza sulle diverse correnti politiche della Philadelphia Convention, finendo per ispirare aspetti differenti dell'accordo tra la corrente federalista e quella anti-federalista.

Segue

Queste, infatti, portavano avanti idee diverse sulle libertà individuali e il loro statuto costituzionale, sulla politica democratica e il suo ruolo nell'ordinamento sulla costituzione e i limiti che questa pone al potere.

Il programma politico dei **Federalisti** era fortemente influenzato dalla tradizione del repubblicanesimo civico, soprattutto per quanto riguarda la concezione della politica democratica come strumento di autodeterminazione individuale e promozione della virtù civica

Segue

il programma **anti-federalista** era d'ispirazione prevalentemente liberale e poneva l'accento sull'assoluta priorità dei diritti e dell'autonomia dei privati rispetto all'interesse pubblico

.
Il divario tra queste due visioni ha segnato l'acceso confronto politico nell'assemblea costituente per ricomporsi, poi,

Segue

entro una costituzione che, “mediando” tra istanze federaliste ed anti-federaliste, ha fondato un sistema politico e giuridico ispirato a valori liberali, per quanto concerne lo status normativo riconosciuto ai diritti fondamentali dell’individuo, ma anche a valori repubblicani, per quanto riguarda l’organizzazione del sistema politico e lo status di cittadinanza.

Liberalismo e repubblicanesimo, cioè, hanno fornito ai Fondatori americani gli strumenti concettuali per trasfondere nella costituzione sia l’esigenza di tutelare le libertà dei cittadini sia la volontà di renderli egualmente partecipi della vita pubblica.

Segue



Il tessuto normativo della carta costituzionale, infatti, combina tecniche di limitazione del potere, a vantaggio dei diritti, con strumenti di legittimazione democratica del potere e del suo esercizio.

L'ambivalenza ideologica della Costituzione americana, così, trova riscontro nella sua ambivalenza strumentale: essa **istituisce un sistema democratico**, ma lo vincola al rispetto dei diritti; si tratta, cioè, di una costituzione che fonda il potere e poi lo disciplina, ne articola l'assetto e lo bilancia, lo sottopone a limiti e dà uno scopo al suo esercizio.

Segue

Sul piano concettuale, le **tecniche di limitazione del potere** presuppongono l'ideale costituzionalistico del **rule of law**, cioè del governo delle leggi, articolato in più principi, dal primato normativo della costituzione alla separazione dei poteri;

gli strumenti di legittimazione democratica, invece, presuppongono l'ideale del **rule of the people**, cioè della **sovranità popolare**, declinato in una versione che “dissolve” la sovranità del popolo entro la costituzione per legittimare i poteri fondamentali dell'ordinamento e “autorizzare” il loro esercizio.

Segue

Rule of the people e **rule of law**, quindi, fondano e giustificano una trama normativa che, da una parte, vincola e, dall'altra parte, autorizza il potere; il nesso tra queste due sponde normative passa attraverso una compenetrazione tra diritto e politica che rende la costituzione strumento giuridico e politico insieme: sul piano giuridico, essa funge da norma di chiusura e da legge “**suprema**” dell'ordinamento mentre, sul piano politico, istituisce e regola la struttura e le dinamiche del governo democratico.

Segue

Questa **doppia prospettiva**, ideologica, strumentale, normativa, è il frutto di quel **compromesso** costituente che ha messo d'accordo le tante anime della Philadelphia Convention ne ha incanalato le tensioni ideologiche, liberali e repubblicane, verso la realizzazione di un progetto comune, a partire da una convergenza “minima” sui nodi problematici di maggior rilievo: diritti, politica democratica e garanzie costituzionali.